

Emotionele belangen en het aansprakelijkheidsrecht: Over schade en herstel binnen de ontstane toestand in plaats van in de oude toestand

Citation for published version (APA):

van Dijck, G. (2015). Emotionele belangen en het aansprakelijkheidsrecht: Over schade en herstel binnen de ontstane toestand in plaats van in de oude toestand. *Nederlands Juristenblad*, 90(36), 2530-2536.

Document status and date:

Published: 01/01/2015

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Download date: 04 May. 2023

Emotionele belangen en het aansprakelijkheidsrecht

Over schade en herstel binnen de ontstane toestand in plaats van in de oude toestand

Gijs van Dijk¹

Kenmerkend voor vermogensrechten, en dus ook voor hoe herstel gestalte krijgt in het aansprakelijkheidsrecht, is het terugkijken (terugbrengen in oude toestand) en de focus op financiële compensatie. Tegelijk hebben benadeelden behoefte aan meer. Zij zoeken niet alleen financiële compensatie, maar willen soms ook erkenning, excuses, informatie over wat er is gebeurd, er voor zorgen dat wat hen is overkomen niet nog een keer gebeurt, enz. In dit artikel wordt onderzocht hoe het idee van herstel in oude toestand en, daaraan gekoppeld, het schadebegrip dienen te worden uitgelegd of geïnterpreteerd zodat het aansprakelijkheidsrecht meer recht kan doen aan dit soort emotionele belangen.

1. Inleiding

Al spoedig na de vliegtuigramp in Oekraïne duiken in de media berichten op over het vorderen van schadevergoeding door nabestaanden.² De vraag rijst wat zij daarmee denken of hopen te bereiken: vergoeding van materiële schade (bijvoorbeeld overlijdenskosten), erkenning van hun leed, vergelding voor hoe de vliegmaatschappij hen heeft behandeld enz. Zoals ook hieronder zal blijken, is er een discrepantie tussen waar benadeelden in het aansprakelijkheidsrecht behoefte aan hebben en wat het aansprakelijkheidsrecht te bieden heeft. De rechtspraktijk is gericht op het vaststellen van de omvang van de financiële schade, maar onderzoek laat zien dat het niet-ervullen van emotionele behoeften het herstel van benadeelden kan belemmeren.³ In dit artikel wordt onder emotionele behoeften verstaan behoeften gericht op verwerking, emotioneel herstel en/of afsluiting van een voor de benadeelde ingrijpende gebeurtenis.

Een goede omgang met emotionele behoeften vereist een adequate juridische infrastructuur waarbinnen deze behoeften een volwaardige plaats kunnen krijgen. Dat kan door middel van het introduceren van nieuwe remedies,⁴ maar ook door de vraag te stellen of de concepten die schuilgaan achter het aansprakelijkheidsrecht in de weg staan aan het honoreren van emotionele belangen

of behoeften zoals excuses, erkenning en willen weten wat er is gebeurd. Dit artikel richt zich op het laatste, meer in het bijzonder op het schadebegrip en het concept van 'herstel in oude toestand'. Onderzoek dat deze elementen onderzoekt vanuit het perspectief van emotionele belangen, ontbreekt.

In dit artikel wordt onderzocht *hoe het idee van herstel in oude toestand en, daaraan gekoppeld, het schadebegrip dienen te worden uitgelegd of geïnterpreteerd zodat zij meer ruimte bieden om emotionele behoeften te honoreren*. Een beter begrip van hoe om te gaan met emotionele belangen in het aansprakelijkheidsrecht heeft niet alleen theoretische relevantie, maar kan ook procedures voorkomen, schikkingen bespoedigen en leiden tot grotere tevredenheid bij schadeveroorzaker(s) en benadeelde(n). Bij bovengenoemde onderzoeksvraag past ook een waarschuwing. Dit artikel richt zich op het schadebegrip en het concept van herstel in oude toestand in relatie tot emotionele behoeften. Het past niet binnen het bestek van dit artikel om tevens in te gaan op de vraag of een alternatief concept en schadebegrip ook geschikt is om te beoordelen of schade dient te worden vergoed, en zo ja, wat de hoogte hiervan dient te zijn.

Dit artikel is als volgt opgebouwd. Het begint met een schets van niet-financiële behoeften van benadeelden

in het aansprakelijkheidsrecht (par. 2), gevolgd door een analyse van op welke wijze het huidige schadebegrip en herstel in oude toestand in de weg staan aan het honoreren van emotionele behoeften (par. 3). Deze analyse vormt de opstap naar een alternatief voor herstel in oude toestand en het schadebegrip. Dit alternatief zal worden geïntroduceerd. Ook zullen de implicaties ervan voor de toepassing van het aansprakelijkheidsrecht worden besproken (par. 4). Besloten wordt met enkele concluderende opmerkingen (par. 5).

2. Emotionele behoeften van benadeelden in het aansprakelijkheidsrecht

Verskillende studies laten zien dat veel benadeelden in belangrijke mate behoefte hebben aan schadevergoeding.⁵ Dat is goed nieuws voor het aansprakelijkheidsrecht, want dat is een vergoedingssysteem gericht op financiële compensatie.⁶ Uit onderzoek blijkt dat schadevergoeding vooral belangrijk wordt gevonden in situaties waarin slachtoffers hun leven weer op orde willen krijgen. Financiële bestaanszekerheid staat daarbij centraal.⁷

Toch leidt geld alleen niet tot herstel van de persoon van de benadeelde.⁸ Empirisch onderzoek laat zien dat onder meer ook excuses bevorderlijk zijn voor het herstel van benadeelden, alsook erkenning van een fout (al dan niet publieke excuses), informatie over wat er is gebeurd en het nemen van maatregelen ter voorkoming van toekomstig nadeel.⁹ Deze inzichten sluiten aan bij wat doorgaans als de doelen van het aansprakelijkheidsrecht worden gezien: compensatie, corrigerende rechtvaardigheid, preventie of afschrikking, genoegdoening en efficiëntie.¹⁰

De behoeften van benadeelden werken door in de motieven om een procedure te starten. Als motieven worden naast financiële compensatie onder andere genoemd het verantwoordelijk stellen van de wederpartij, het toegeven van een fout, het maken van excuses, validatie voor zichzelf of voor de sociale omgeving, het voelen van de gevolgen voor de benadeelde en behoefte aan compas-

sie.¹¹ Gegeven het belang van erkenning verbaast het dan ook niet dat erkenning in sommige studies als primaire behoefte wordt genoemd, dat wil zeggen als belangrijker dan financiële compensatie.¹²

Daarnaast noemen slachtoffers en naasten als belangrijke immateriële behoeften het willen weten wat er is gebeurd, het ter verantwoording roepen van de wederpartij, het niet willen boeten voor de fout van een ander, het willen voorkomen dat een ander hetzelfde overkomt en het verkrijgen van gerechtigheid,¹³ waarbij het laatste overigens nogal abstract is en daardoor moeilijk te

Geld alleen leidt niet tot herstel van de persoon van de benadeelde

bepalen.¹⁴ Onderzoek onder werknemers naar hun motieven om een vordering in te dienen, bevestigt het beeld dat sociaal-emotionele motieven belangrijk zijn.¹⁵ Sterker nog, het indienen van een vordering blijkt soms vooral te worden ingegeven door erkenning (bijvoorbeeld voor het feit dat het slachtoffer een serieus te nemen ziekte heeft), het willen verwerken van het leed en de pijn, de kwaadheid ten opzichte van de werkgever alsook gevoelens van wraak.¹⁶

3. Emotionele belangen, herstel in oude toestand en het schadebegrip

Het aansprakelijkheidsrecht beperkt op ten minste twee wijzen het honoreren van emotionele belangen. Een eerste beperking van het aansprakelijkheidsrecht, het schadevergoedingsrecht in het bijzonder, is dat het terugkijkt. Het idee om te trachten de benadeelde terug te brengen in de toestand zoals die was voordat de schadeveroorza-

Auteur

1. Mr. G. van Dijk is verbonden aan het Departement Privaatrecht en Methodology Group for Methods of Law and Legal Research van de Universiteit van Tilburg. Deze publicatie maakt onderdeel uit van een nieuw opgezette onderzoekslijn naar het spanningsveld tussen niet-financiële behoeften en de doelen en remedies binnen het aansprakelijkheidsrecht. De auteur dankt (in alfabetische volgorde) Ivo Giesen, Stephanie van Gulijk, Marc Loth en Jan Vranken voor hun commentaar op een eerdere versie van het artikel.

Noten

2. Zie bijvoorbeeld www.bnr.nl/nieuws/oekraine/400950-1408/voorschot-schade-vergoeding-nabestaanden-mh17-38.000-euro> (laatst geraadpleegd 12 oktober 2015); www.omroepbrabant.nl/?news/214565962/Schadevergoeding+n

a+vliegkamp+MH17+Verdriet+om+je+naast+en+wordt+niet+gecompenseerd.aspx (laatst geraadpleegd 12 oktober 2015); www.refdag.nl/nieuws/binnenland/vragen_om_smartengeld_na_vliegkamp_mh17_1_869612 (laatst geraadpleegd 12 oktober 2015).

3. Uijttendaele & Akkermans & Hulst, 2008; Akkermans & Van Wees, 2007.

4. Zo wordt aan de VU promotieonderzoek verricht naar het introduceren van nieuwe remedies.

5. Huver e.a., 2007, p. 81; Mulder, 2009, p. 22 ('financiële vergoeding is namelijk voor 44% de belangrijkste reden om een aanvraag te doen').

6. Bloembergen & Lindenberg, 2008, p. 2; Huver e.a., 2007, p. 40; Ombudsman, 2003, p. 17.

7. Huver, e.a. 2007, p. 81.

8. Feldthusen & Hankivsky & Greaves, 2000, p. 112 ('money alone cannot heal').

9. Onder andere Gallagher e.a., 2003, Robbenolt, 2006, Exline e.a., 2003, Boothman e.a., 2009, Iedema, 2008, Kachalia e.a., 2010, Dhami, 2012, McCullough, Fincham & Tsang, 2003. Voor Nederland, zie Ombudsman, 2003 (interviewstudie onder 147 slachtoffers van medische fouten, geweldsmisdrijven en verkeers- of bedrijfsongevallen); Huver e.a., 2007 (onderzoek naar verwachtingen van een juridische procedure onder 61 slachtoffers van verkeersongevallen, medische misers, arbeidsongevallen of beroepsziekten, alsook naasten of nabestaanden van overleden slachtoffers); Eshuis e.a., 2009 (interviews onder werknemers met een beroepsziekte die een claim hadden ingediend tegen hun werkgever om vast te stellen welke factoren leiden tot het indienen van een claim); Mulder, 2009 (survey-onderzoek naar de ervaringen van benadeelden die een beroep deden op het Schadefonds Geweldsmisdrij-

ven); Lindenberg & Mascini, 2013 (acht interviews met slachtoffers van letsel schade die hebben doorgeprocedeerd tot aan de Hoge Raad).

10. Zie onder andere Spier, 2012, p. 7-8; Hartlief, 2009.

11. Huver e.a., 2007, p. 81, p. 79, p. 63; Mulder, 2009, p. 22 (genoemd door benadeelden: erkenning (24%), wraak (8%), afsluiting/verwerking (6%), genoegdoening (2%). Zie voorts Ammerlaan, 2009, p. 56-59.

12. Ombudsman, 2003, p. 17. Zie ook Huver e.a., 2007, p. 81 ('al bestaan op deze prioritering [financiële compensatie als primair motief, GD] ook uitzonderingen').

13. Huver e.a., 2007, p. 82.

14. Ombudsman, 2003, p. 20.

15. Eshuis e.a., 2009.

16. Eshuis e.a., 2009.



kende gebeurtenis zich voordeed ligt ten grondslag aan het Nederlandse schadevergoedingsrecht.

Het terugkijken komt terug in het schadebegrip. Schade wordt vastgesteld, en de hoogte ervan berekend, door de situatie waarin de benadeelde zich bevindt te vergelijken met de hypothetische situatie waarin de benadeelde zich zou hebben bevonden indien de schadeveroorzakende gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden.¹⁷ De consequentie hiervan is dat de benadeelde zo veel mogelijk in de positie dient te worden gebracht waarin deze zou hebben verkeerd indien de schadeveroorzakende gebeurtenis zou zijn uitgebleven.¹⁸

Het probleem met terugkijken is dat het benadeelden tracht terug te brengen in een toestand waarin zij niet meer teruggebracht kunnen worden. Soms is een vergelijking met en zonder de onrechtmatige gedraging onmogelijk.¹⁹ Het *Baby Kelly*-arrest is er een voorbeeld van.²⁰ In deze zaak werd een vruchtwaterpunctie door de behandelaar onterecht onnodig geacht, met als gevolg dat Kelly werd geboren met geestelijke en lichamelijke afwijkingen. Had de punctie wel plaatsgevonden, dan was gebleken dat Kelly gehandicapt ter wereld zou komen en hadden de ouders voor een abortus kunnen kiezen. Strikt genomen

had de schade bepaald moeten worden op grond van een vergelijking met en zonder de onrechtmatige gedraging (het wel/niet uitvoeren van de vruchtwaterpunctie), maar voor zowel de ouders als Kelly zelf was herstel in de oude toestand niet realistisch, want dat zou een situatie zonder Kelly betekenen. Alleen hierom al – ik ga in dit verband voorbij aan causaliteitskwesties²¹ – zou Kelly strikt genomen geen schade lijden en zou er dus geen plaats zijn voor schadevergoeding, in ieder geval niet voor Kelly.²²

Er zijn talloze andere situaties waarin ongedaanmaking of herstel in de oude toestand niet mogelijk is. Dit geldt voor een moeder die getraumatiseerd raakt na geconfronteerd te zijn met de, naar later blijkt, dodelijke gevolgen van een aanrijding van haar kind door een taxibus,²³ voor de situatie van het verlies van vader, moeder en/of broer die een VN-compound moesten verlaten en later door Bosnisch-Servische troepen om het leven zijn gebracht,²⁴ en voor gevallen waarin moeder en haar kinderen lichamelijke afwijkingen hebben als gevolg van het gebruik van het DES-hormoon, een hormoon bedoeld ter voorkoming van miskramen. De voorbeelden kunnen naar eigen believen worden uitgebreid, want hetzelfde zal opgaan voor talloze andere situaties waarin benadeelden

Het probleem met terugkijken is dat het benadeelden tracht terug te brengen in een toestand waarin zij niet meer teruggebracht kunnen worden

letsel hebben geleden of er sprake is van verlies van mobiliteit, geestelijk lijden of van het verlies van een naaste. Een beoordeling van emotionele behoeften in het licht van een herstel in de oude toestand is problematisch, aangezien zulk een herstel financieel wellicht nog wel, maar emotioneel gezien niet mogelijk is.

Behalve het terugkijken voorkomt ook de fixatie op financiële compensatie dat recht kan worden gedaan aan emotionele belangen. In het Nederlandse schadevergoedingsrecht zijn schadevergoeding en, in mindere mate, restitutie dominant.²⁵ De keuze voor schadevergoeding is overigens een bewuste.²⁶ Een ander uitgangspunt zou tot gevolg hebben dat benadeelden prestaties opgedrongen krijgen van de aansprakelijke.²⁷

Financiële compensatie is niet alleen dominant in het geval van materieel nadeel, maar ook bij immaterieel nadeel. Het toekennen van immateriële schadevergoeding is inmiddels zo normaal geworden dat bedragen in bepaalde situaties richting standaardisering gaan. Het *ANWB Smartengeldboek* is hier een voorbeeld van. Dit boek bevat voorbeelden van eerdere uitspraken waarin smartengeld is toegekend alsook van de vergoedingen die in die zaken zijn toegekend.²⁸ Weliswaar geeft dit geen complete standaardisatie, maar het geeft wel richtlijnen om de hoogte van een schadevergoeding te bepalen. Ook de voorstellen rondom het toekennen van affectieschade laten zien hoe gewoon het is om benadeelden financieel te compenseren. Affectieschade maakt het voor naasten

en nabestaanden onder omstandigheden mogelijk om schadevergoeding te vorderen bij verlies of het ernstig gewond raken van een naaste.²⁹ De dominantie van financiële compensatie binnen het aansprakelijkheidsrecht kan op verschillende manieren worden bestudeerd en verklaard. Een belangrijke reden is dat het aansprakelijkheidsrecht onderdeel is van het vermogensrecht, dat gaat over op geld waardeerbare belangen.

Het gevolg van de dominantie van financiële compensatie is dat er een spanningsveld kan bestaan tussen emotionele behoeften die benadeelden hebben en datgene wat het aansprakelijkheidsrecht te bieden heeft.³⁰ Onderzoek onder slachtoffers die hebben doorgeprocedeerd tot aan de Hoge Raad laat zien dat zij op zoek waren naar financiële en niet-financiële compensatie maar dat, wat de onderzoekers noemen, financiële en relationele compensatie niet eenvoudig te verenigen zijn.³¹ In het onderzoek wordt geconcludeerd dat de behoefte aan financiële compensatie op gespannen voet staat met de behoefte aan erkenning en verzoening. Erkenning en verzoening vereisen persoonlijk contact en het overbruggen van tegenstellingen, terwijl financiële compensatie hand in hand gaat met het dienen van eigen belang en calculerend handelen, met als complicatie de omstandigheid dat de procedure voor het slachtoffer al vrij snel wordt overgenomen door een advocaat, belangenbehartiger of verzekeraar.³²

Het terugkijken en de focus op financiële compensatie in het aansprakelijkheidsrecht werpen hun schaduw

17. Onder andere HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX9830, *NJ* 2013/48 ('[...] de omvang van de schade wordt bepaald door een vergelijking van de toestand zoals deze in werkelijkheid is met de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest indien het schadeveroorzakende feit niet zou hebben plaatsgevonden'); HR 5 december 2008, *NJ* 2009/387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Rijnsdaete vs. Reuvers*) ('Als uitgangspunt voor de berekening van de omvang van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding dient dat de benadeelde zoveel mogelijk in de toestand moet worden gebracht waarin hij zou hebben verkeerd indien de schadeveroorzakende gebeurtenis zou zijn uitgebleven'). Zie voorts HR 24 september 2004, *NJ* 2006/201 (*Van Gernerden-Muijlaert vs. Moes*); HR 28 maart 2003, *NJ* 2003/389 (*V. vs. Branderhorst*); HR 13 december 2002, *NJ* 2003/212 (*B. vs. Olijfers*); HR 15 mei 1998, *NJ* 1998/624 (*Vehof-Vasters vs. Helvetia*); HR 2 november 1962, *NJ*

1963/61 m.nt. H. Beekhuis (*De Jonge Venezo*), alsook Lindenbergh, 2014; Lindenbergh, 2008a, p. 16; Lindenbergh & Mascini, 2013, p. 437; Van Boom, 2011, p. 163.
18. Van Boom, 2011, p. 163.
19. In vergelijkbare zin Hartlief, 2008 ('met de enkele vergoeding van vermogensschade is de gedupeerde veelal niet in zijn "oude" toestand hersteld').
20. HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, *NJ* 2006/606 (*Baby Kelly*).
21. Het is de vraag of de ouders besloten zouden hebben de zwangerschap af te breken indien de vruchtwaterpunctie zou zijn uitgevoerd en de ouders over de resultaten zouden zijn geïnformeerd.
22. Voor de ouders ligt dit anders.
23. HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, *NJ* 2002/240 (*Taxibus*).
24. HR 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9228 (*Srebnica*).

25. Bijvoorbeeld Sieburgh 2003, p. 174 (stellende dat geld voorop staat); Lindenbergh 2014 (stellende dat het in het aansprakelijkheidsrecht in beginsel gaat om het 'vergoeden van schade in geld'). Zie ook par. 3.
26. Lindenbergh, 2014, verwijzend naar de *Parlementaire Geschiedenis*.
27. Lindenbergh, 2014.
28. Deze vergoedingen, en het toekennen van smartengeld in het algemeen, gaan overigens niet zonder kritiek, zie onder meer Frenk, 2013, p. 250-255 (stellende dat de methode van gevalsvergelijking niet als verklaring kan worden gezien voor de stagnatie ten aanzien van immateriële schade, want dezelfde methode wordt in andere landen ook gebruikt en daar is geen sprake van stagnatie); Lindenbergh, 2009, p. 155-156 ('De oorzaak van de stagnatie in Nederland moet dan ook niet in de methode van vaststelling worden gezocht. De Nederlandse rechter lijkt eenvoudigweg niet alleen zuinig, maar ook (erg) voorzichtig');

Hartlief, 2012, p. 10 (stellende dat zuinigheid of het niveau van sociale zekerheid niet de verklaring kan zijn voor het feit dat het toekennen van immateriële schadevergoeding in Nederland achterblijft bij het buitenland).
29. Zie het Wetsvoorstel affectieschade, *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, 2. Zie voorts het eerder door de Eerste Kamer afgewezen Wetsvoorstel Affectieschade, *Kamerstukken II* 2002/03, 28781; *Handelingen I* 2009/2010, 23, p. 1013-1014. Voor besprekingen, zie onder meer Rijnhout, 2014; Verheij, 2014.
30. Voor rechtshandhaving bestaat eenzelfde spanningsveld, zie onder andere Van Boom, 2006 en Van Boom, 2007, p. 987 ('[het bewijzen van schade en causaal verband is] voor sommige gevallen zozeer een obstakel dat in die gevallen schadevergoeding geen doelmatig handavingsinstrument kan zijn'); Lindenbergh & Mascini, 2013.
31. Lindenbergh & Mascini, 2013.
32. Lindenbergh & Mascini, 2013.

voort. Uit onderzoek is bekend dat de afwezigheid van niet-financiële compensatie aanleiding kan zijn voor het starten van een juridische procedure.³³ Een voorbeeld hiervan is de *Wrongful Birth*-zaak. Hierin ging het om een vrouw die zwanger raakte ondanks een sterilisatie die zij had ondergaan.³⁴ De vrouw gaf later in een interview aan dat het gebrek aan respect van de arts de voornaamste reden vormde om een vordering in te stellen.³⁵ Deze observaties bevestigen het beeld dat de rechtspraak gericht is op het vaststellen van de omvang van de financiële schade³⁶ en dat dit op gespannen voet staat met de behoefte aan erkenning en verzoening.³⁷

Artikel 6:103 BW (schadevergoeding anders dan in geld) en artikel 3:296 BW (gebod/verbod) kunnen juridisch gezien de mogelijkheid bieden om iets anders dan geld te vorderen, maar deze bepalingen zijn subsidiair aan schadevergoeding en worden (daarom?) niet gebruikt voor het bereiken van eerder genoemde uitkomsten. Dat deze bepalingen subsidiair zijn, komt mede doordat steeds eerst het bestaan van schade aannemelijk moet worden gemaakt. Dit brengt mee dat ook voor oplossingen anders dan in geld eerst schade aannemelijk moet zijn gemaakt.³⁸ De verklaring voor recht is er een voorbeeld van.³⁹ Deze horde is doorgaans nog wel te nemen, maar het gevolg is wel dat het juridische geschil in de sleutel van financiële compensatie wordt geplaatst.⁴⁰

De Hoge Raad heeft in *Baby Kelly* de weg naar het loslaten van herstel in oude toestand al deels vrijgemaakt

De spanning tussen emotionele belangen en de fixatie op schadevergoeding in het huidige aansprakelijkheidsrecht blijkt voorts in gevallen waarin schade in juridische of privaatrechtelijke zin niet of moeilijk aannemelijk te maken is. Giesen spreekt in dit verband over 'integriteitschade'.⁴¹ Hieronder schaarde hij het onjuist informeren van een patiënt voorafgaand aan een operatie waarbij de medische behandeling succesvol is maar waarbij de patiënt een andere behandeling had willen ondergaan indien deze keuze hem of haar voorgeschoteld was.⁴² Ook dan is schade moeilijk te bewijzen, maar bestaat er mogelijk wel een behoefte bij de benadeelde aan (niet-financiële) compensatie. Andere voorbeelden zijn het inbreuk maken op een privacy-recht, met slechts ongemak tot gevolg, een civiele procedure met een voor de eiser positieve uitkomst maar die onredelijk lang heeft geduurd,⁴³ of (lichte vormen van) discriminatie⁴⁴ en seksuele intimidatie.⁴⁵ In dergelijke situaties is schade in financiële zin moeilijk aan te tonen (aannemelijk te maken), wat de toepassing van het aansprakelijkheidsrecht bemoeilijkt.

4. Van herstel in oude toestand naar herstel binnen de ontstane toestand

Het huidige schadebegrip en het concept van herstel in oude toestand zijn geschikt gebleken om te beoordelen of

materiële schade dient te worden vergoed. Waar het gaat om emotionele belangen voldoen ze echter niet. Daarvoor is een andere toets noodzakelijk, dat wil zeggen, eentje die niet dwingt tot terugkijken en die zich wat het honoreren van emotionele belangen niet beperkt tot een financiële afweging. Dit laatste punt is te verhelpen door 'schade' niet uitsluitend in financiële termen op te vatten, waarbij de term nadeel of herstel overigens geschikter lijkt dan schade, dat een financiële connotatie heeft.

Het wegnemen van het andere bezwaar – het terugkijken – vereist dat het idee van herstel in de oude toestand wordt losgelaten, in ieder geval ten aanzien van emotionele belangen. De Hoge Raad heeft in *Baby Kelly* de weg naar het loslaten van herstel in oude toestand al deels vrijgemaakt.⁴⁶ Een vergelijking met en zonder de schadeveroorzakende gebeurtenis was in het geval van Kelly, zoals hierboven aangegeven, problematisch, aangezien de situatie waarin zij wel en niet geboren zou zijn met elkaar hadden moeten worden vergeleken. De Hoge Raad volgde een andere route. In plaats van een vergelijking met en zonder de onrechtmatige gedraging koos hij voor een vergelijking tussen de situatie waarin Kelly is geraakt en de situatie waarin zij zich zou bevinden indien zij gezond ter wereld zou zijn gekomen en een 'normaal' leven zou hebben gehad. Die laatste situatie is een puur hypothetische situatie. Er bestonden immers maar twee opties voor de ouders van Kelly als de vruchtwaterpunctie was uitgevoerd en de resultaten ervan kenbaar waren gemaakt: de zwangerschap voortzetten of afbreken. Een gezond kind ter wereld brengen was niet mogelijk. Hetzelfde geldt voor herstel in de oude toestand, want dat zou moeten resulteren in een leven zonder kind.

In het *Baby Kelly*-arrest ging het om een beoordeling van de financiële behoeften. Voor emotionele behoeften is een vergelijking met een hypothetische situatie die niet kan ontstaan, zoals bij een vergelijking met een gezond kind, geen gelukkige. De introductie van een toekomstgerichte maatstaf ligt meer voor de hand. Een herstel binnen de *ontstane* toestand dus, waarbij wordt vooruitgekeken in plaats van teruggekeken naar een situatie waarin de benadeelde zich bevond indien de schadeveroorzakende gebeurtenis achterwege was gebleven. Erkenning, excuses of openheid van zaken over wat er is gebeurd zijn vormen van herstel binnen de ontstane toestand, maar brengen de benadeelde niet terug in de toestand van voor de onrechtmatige gedraging.

Een herstel in de ontstane toestand vraagt om een beoordeling van de mogelijkheden die de benadeelde in kwestie nog heeft en welke van deze mogelijkheden hij/zij wenst te benutten. Andere vergelijkingen dringen zich dan op, zoals de vergelijking tussen de situatie waarin de benadeelde zich bevindt en de situatie waarin deze zich zou bevinden indien hij/zij gebruik kan maken van de nog beschikbare ontplooiingsmogelijkheden.⁴⁷ Een dergelijke toets vraagt om een analyse van de capaciteiten of bekwaamheden die een benadeelde nog heeft, kan verkrijgen en, heel belangrijk, wenst. Bij deze toets krijgen niet-financiële behoeften een volwaardige plaats, nu zij het herstel van capaciteiten en bekwaamheden kunnen bevorderen.

De hierboven gepresenteerde toekomstgerichte

maatstaf, die kan dienen als aanvulling op het bestaande schadebegrip, is per definitie context-gebonden. Wat een benadeelde kan en wenst kan immers per geval verschillen. Een dergelijke benadering vraagt echter om een begrenzing. Een vergelijking met de mogelijkheden die benadeelden in vergelijkbare omstandigheden hebben of zouden kunnen hebben, biedt een mogelijk richtsnoer om te voorkomen dat gelijke gevallen ongelijk worden behandeld. Ook de leer van de redelijke toerekening is een instrument om exorbitante vorderingen buiten de deur te houden. Indien een slachtoffer van een auto-ongeval publieke excuses in landelijke dagbladen wenst van veroorzaker en verzekeraar, kan artikel 6:98 BW worden gebruikt om te toetsen of de gevorderde of gewenste rechtsgevolgen redelijk zijn. Aan de hand van de reeds bekende gezichtspunten zoals de aard van de aansprakelijkheid, de aard van de schade, de waarschijnlijkheid van het in te treden gevolg en de mate van verwijderdheid kan dan worden bepaald welke rechtsgevolgen in voldoende causaal verband staan met de schadeveroorzakende gebeurtenis en welke niet.⁴⁸ Op basis hiervan kan bijvoorbeeld worden bepaald of gevorderde excuses, een rectificatie en een moreel-declaratoir dienen te worden toegerekend aan de nadeelveroorzakende gedraging.⁴⁹ Met artikel 6:98 BW-toets kan tevens worden bepaald of het redelijk is om van de Staat te verlangen dat deze excuses maakt voor hoe zij om is gegaan met Srebrenica-slachtoffers, of het redelijk is dat slachtoffers van kerkelijk misbruik de Rooms-Katholieke Kerk kunnen dwingen om publiekelijk te erkennen dat er ernstig leed is aangedaan aan de slachtoffers en om een compensatiefonds in te stellen, of dat het redelijk is een ziekenhuis te verplichten om te voorkomen dat bepaalde medische missers zich niet nogmaals zullen voordoen in de toekomst. Dergelijke uitkomsten zijn onwaarschijnlijk indien het huidige schadebegrip en herstel in de oude toestand worden gevolgd of toegepast.

5. Conclusie

Kenmerkend voor vermogensrechten, en dus ook voor hoe herstel gestalte krijgt in het aansprakelijkheidsrecht, is het terugkijken (terugbrengen in oude toestand) en de focus op financiële compensatie. Vermogensrechten gaan

over stoffelijk voordeel dan wel over uitkomsten die op geld waardeerbaar zijn. Dit is de consequentie van de gelaagde structuur die het BW kent. Zo bezien verbaast het dan ook niet dat financiële compensatie (schadevergoeding) en restitutie dominant zijn binnen het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht.

Tegelijk hebben benadeelden behoefte aan meer. Zij zoeken, hoewel belangrijk, niet alleen financiële compensatie, maar willen soms ook erkenning, excuses, informa-

De toekomstgerichte maatstaf, die kan dienen als aanvulling op het bestaande schadebegrip, is per definitie context-gebonden

tie over wat er is gebeurd, er voor zorgen dat wat hen is overkomen niet nog een keer gebeurt, bij henzelf of bij anderen, enz. De vermogensrechtelijke inkleuring van een begrip als 'herstel' staat daarmee in de weg aan het verwezenlijken van bepaalde niet-financiële behoeften van benadeelden.

Dit artikel presenteert een alternatieve maatstaf. Voorgesteld wordt om, in ieder geval vooralsnog, vast te houden aan het huidige schadebegrip waar het gaat om het compenseren van financieel nadeel, maar een toekomstgerichte maatstaf te introduceren ten aanzien van emotionele behoeften. Deze maatstaf richt zich op wat binnen de ontstane toestand nodig (maar redelijk) is om de benadeelde in staat te stellen zijn of haar leven op te pakken op de wijze zoals hij/zij dat wenst. Het alternatief dat in dit artikel wordt geïntroduceerd biedt een interpretatiekader waarbinnen meer ruimte kan ontstaan dan thans het geval is om emotionele behoeften mee te nemen en te honoreren. Een daadwerkelijke toepassing van de toekomstgerichte maatstaf zal moeten uitwijzen in hoeverre deze leidt tot andere vorderingen en beslissingen. •

33. Dunbar & Sabry, 2007; Cohen, 2000.

34. HR 21 februari 1997, NJ 1999/145.

35. Aldus Vranken, 2005, nr. 66.

36. Uijtenbroek & Akkermans & Hulst, 2008; Akkermans & Van Wees, 2007.

37. Lindenberg & Mascini, 2013.

38. Zo ook Lindenberg, 2014 ('Dat betekent dat eerst nodig is dat de benadeelde een aanspraak op schadevergoeding heeft').

39. Zie HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:760 (verklaring voor recht kan worden gevorderd als 'de mogelijkheid van schade aanneemelijk is') en

Groeneveld-Tijssens, 2015, p. 51-52. Zie echter HR 19 maart 2010,

ECLI:NL:HR:2010:BK8146, NJ 2010/172 (*Chipshol vs. Staat*), waarin de eis van 'schade' expliciet niet werd gesteld.

40. Men kan discussiëren over oorzaak en gevolg.

41. Giesen, 2014.

42. Giesen, 2014.

43. Giesen, 2014.

44. Nguyen, 2009, p. 1812; Lindenberg, 2008b, p. 13.

45. Nguyen, 2009, p. 1812.

46. HR 18 maart 2005,

ECLI:NL:HR:2005:AR5213, NJ 2006/606 (*Baby Kelly*).

47. Zie tevens het te verschijnen preadvies van Loth over de 'maatmens-benadeelde' in het aansprakelijkheidsrecht, waarin Loth de capaciteitsbenadering introduceert, zij het in een andere, meer rechtstheoretische context. Deze capaciteitsbenadering helpt invulling te geven aan de behoeften die benadeelden hebben en waar het aansprakelijkheidsrecht een oplossing of remedie voor zou moeten kunnen bieden. Zie M.A. Loth, *Rechtsvaardige aansprakelijkheid: over het herstel van autonomie, een minimaal*

beschermingsniveau voor de benadeelde, en de rol van de maatmens benadeelde in het aansprakelijkheidsrecht (Vereniging voor Aansprakelijkheidsrecht) (publicatie verwacht eind 2015).

48. Zie Holthuijsen-van der Kop, 2015, die een actueel en gesystematiseerd overzicht geeft van de gangbare rechtspraak op het gebied van art. 6:98 BW.

49. Het valt buiten het bestek van dit artikel om uit te wijden over de vraag of dan wel wanneer dergelijke vorderingen zouden moeten kunnen slagen.

Verkort aangehaalde literatuur

- Akkermans & Van Wees, 2007:** A.J. Akkermans & K.A.P.C. van Wees, 'Het letselschadeproses in therapeutisch perspectief', *TVP* 2007, p. 103-118.
- Ammerlaan, 2009:** V.C. Ammerlaan, *Na de ramp. De rol van de overheid bij de (schade-)afwikkeling van rampen vanuit een belangenperspectief van de slachtoffers* (diss. Tilburg): 2009.
- Bloembergen & Lindenberg, 2008:** A.R. Bloembergen & S.D. Lindenberg, *Monografieën Burgerlijk Wetboek B-34, Schadevergoeding: algemeen deel 1*, Deventer: Kluwer 2008.
- Boothman e.a., 2009:** R. Boothman e.a., 'A Better Approach to Medical Malpractice Claims? The University of Michigan Experience', *J Health Life Sci Law* 2009, p. 125-159.
- Cohen, 2000:** J.R. Cohen, 'Apology and organizations: exploring an example from medical practice', *Fordham Urban Law Journal* 2000, p. 1447-1482.
- Dhami, 2012:** M.K. Dhami, 'Offer and Acceptance of Apology in Victim-Offender Mediation', *Critical Criminology Critical Criminology* 2012, p. 45-60.
- Dunbar & Sabry, 2007:** F.C. Dunbar & F. Sabry, 'The Propensity to Sue: Why do People Seek Legal Actions?', *Business Economics* 2007, p. 31-42.
- Eshuis e.a., 2009:** W.A. Eshuis e.a., *Leerzame schadeclaims: leren van 'worst case scenarios' als opstap naar effectieve interventie en preventie rond beroepsziekten*, Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut 2009.
- Exline e.a., 2003:** J. Juola Exline e.a., 'Forgiveness and justice: A research agenda for social and personality psychology', *Personality and Social Psychology Review* 2003, p. 337-348.
- Feldthusen, Hankivsky & Greaves, 2000:** B. Feldthusen, O.A.R. Hankivsky & L. Greaves, 'Therapeutic consequences of civil actions for damages and compensation claims by victims of sexual abuse', *Canadian Journal of Women & the Law* 2000, p. 66-116.
- Frenk, 2013:** N. Frenk, 'De waarde van smartengeld. Stagnerende smartengeldbedragen: enkele inleidende observaties', *Verkeersrecht* 2013, p. 250-255.
- Gallagher e.a., 2003:** T. H. Gallagher e.a., 'Patients' and Physicians' Attitudes Regarding the Disclosure of Medical Errors', *JAMA* 2003, p. 1001-1007.
- Giesen, 2014:** I. Giesen, 'Herstel als er (juridisch) geen schade is: "integriteitsschade"', in: E.C. Huijsmans & M. van der Weij, *Schade en herstel*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014, p. 43-68.
- Groeneveld-Tijssens, 2015:** N.E. Groeneveld-Tijssens, *De verklaring voor recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.
- Hartlief, 2008:** T. Hartlief, 'Handhaving met smartengeld', *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade* 2008, p. 237-247.
- Hartlief, 2009:** T. Hartlief, *Anno 2010. Beschouwingen over aansprakelijkheid en verzekering*, Amsterdam: Uitgeverij deLex 2009.
- Hartlief, 2012:** T. Hartlief, 'Smartengeld in Nederland anno 2012: tijd voor een steen in stilstaand water?', in: *Smartengeld*, Den Haag: ANWB 2012, p. 6-11.
- Holthuijsen-van der Kop, 2015:** C.C.H.A. Holthuijsen-van der Kop, 'De redelijke toerekening en de deelregels anno 2015: een update', *WPNR* 2015.
- Huwer e.a., 2007:** R.M.E. Huwer e.a., *'Slachtoffers en aansprakelijkheid. Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht. Deel I. Terreinverkenning'* 2007.
- Iedema, 2008:** R. Iedema, *'Open Disclosure: A Review of the Literature'* 2008.
- Kachalia e.a., 2010:** A. Kachalia e.a., 'Liability Claims and Costs Before and After Implementation of a Medical Error Disclosure Program', *Annals of Internal Medicine* 2010, p. 213-221.
- Lindenberg, 2008a:** S.D. Lindenberg, *Schadevergoeding: algemeen deel 1 (Monografieën nieuw BW B-serie 34)*, Deventer: Kluwer 2008a.
- Lindenberg, 2008b:** S.D. Lindenberg, *Smartengeld tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008b.
- Lindenberg, 2009:** S.D. Lindenberg, 'Tranen met duiten. Over het paradoxaal karakter van het smartengeld', in: T. Hartlief & S.D. Lindenberg, *Tien pennenstreken over personenschade*, Den Haag: Sdu 2009, p. 147-156.
- Lindenberg & Mascini, 2013:** S.D. Lindenberg & P. Mascini, 'Schurende dilemma's in het aansprakelijkheidsrecht – De spanning tussen financiële en relationele compensatie', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij, *Capita civilologie, Handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: BJu 2013, p. 437-457.
- Lindenberg 2014:** S. Lindenberg, 'Herstel bij letsel. Over juridische fundering van verplichtingen tot herstel', in: R. de Groot e.a., *Kritiek op recht: Liber amicorum aangeboden aan Gerrit van Maanen ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Universiteit Maastricht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 239-252.
- McCullough, Fincham & Tsang, 2003:** M.E. McCullough, F.D. Fincham & J.-A. Tsang, 'Forgiveness, Forbearance, and Time: The Temporal Unfolding of Transgression-Related Interpersonal Motivations', *Journal of Personality and Social Psychology* 2003, p. 540-557.
- Mulder, 2009:** J.D.W.E. Mulder, *Compensatie na geweld: Wie krijgen er een vergoeding van het Schadefonds Geweldsmisdrijven en wat zijn de effecten van zo'n financiële vergoeding?*, Tilburg: Intervict/Prisma Print 2009.
- Nguyen, 2009:** T.H. Nguyen, 'Voorwaarden voor smartengeld bij schending fundamentele rechten zonder letsel', *NJB* 2009/1408, afl. 28, p. 1812-1818.
- Ombudsman, 2003:** Stichting De Ombudsman, *'Letselschaderegeling: Onderhandelen met het mes op tafel, of een zoektocht naar de redelijkheid'*, 2003.
- Rijnhout, 2014:** R. Rijnhout, 'Wetsvoorstel vergoeding voor zorg- en affectieschade: twee of zelfs drie stappen vooruit', *NTBR* 2014.
- Robbenolt, 2006:** J.K. Robbenolt, 'Apologies and Settlement Levers', *Journal of Empirical Legal Studies* 2006, p. 333-373.
- Sieburgh, 2003:** C.H. Sieburgh, 'Besocht de burgerlijke rechter echt over onbegrensde krachten? De taak van de burgerlijke rechter bij verwerking van emoties en vergoeding van schokschade, uiteengezet aan de hand van de aansprakelijkheid van de werkgever voor door de werknemer geleden schokschade', in: C.J.M. Klaassen e.a., *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Deventer: Kluwer 2003, p. 173-198.
- Spier, 2012:** J. Spier, *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2012.
- Uijttenbroek, Akkermans & Hulst, 2008:** E.M. Uijttenbroek, A.J. Akkermans & J.E. Hulst, 'Excuses in het privaatrecht', *WPNR* 2008.
- Van Boom, 2006:** W.H. van Boom, *Efficacious Enforcement in Contract and Tort*, Den Haag: BJu 2006.
- Van Boom, 2007:** W.H. van Boom, 'Effectuerend handhaven in het privaatrecht', *NJB* 2007/826, afl. 16, p. 982-991.
- Van Boom 2011:** W.H. van Boom, 'Beter schadevergoedingsrecht begint bij beter onderscheid', *NTBR* 2011, p. 163-165.
- Verheij, 2014:** A.J. Verheij, 'Een evenwichtsoefening tussen hanteerbaarheid en individuele rechtvaardigheid', *VR* 2014, p. 218-227.
- Vranken, 2005:** J.B.M. Vranken, *Algemeen deel***: een vervolg*, Deventer: Kluwer 2005.